

性と障がいから考えるスポーツと憲法

南野, 森
九州大学 : 教授

<https://hdl.handle.net/2324/7437066>

出版情報 : 法学教室. 479, pp.60-63, 2020-07-28. 有斐閣
バージョン :
権利関係 :





性と障がいから考えるスポーツと憲法

九州大学教授 南野 森 MINAMINO Shigeru

① 架空の事案

本稿に与えられた課題は、つぎのような「架空の事案」について、憲法の観点から考えることである¹⁾。

事案①——女子X競技のD選手は、「アンドロゲン過剰症（男性ホルモンのテストステロンが多く分泌されて男性化を引き起こす内科疾患）」で、「身体の形状は女性であったとしても生物学的には男性であるとして」、競技団体によりオリンピックへの出場が拒否された。

事案②——障がい者X競技のE選手は、パラリンピックではなくオリンピックの代表としてエントリーしようとしたが、「左脚の膝から下に装着している炭素繊維製のブレード義足が、健常者の脚よりも競技能力を向上させる機能を有しているのではないかが問題視され」、競技団体によりエントリーが拒否された。

特段のスポーツ好きでもない読者は、いずれも現実離れた事案だと思ったかもしれない。しかし、現実世界はしばしば我々の知識や想像力を凌駕し、実に多様である。

② 現実の事案

事案①——スポーツファンにとって、南アフリカのC・セメンヤ選手の名は馴染みのあるものだろう。3つの世界陸上（2009年ベルリン、11年大邱、17年ロンドン）と2つの五輪（12年ロンドン、16年リオデジャネイロ）の女子800mで金メダルを獲得した、女子陸上界の「絶対王者」である。

彼女は生まれつき男性ホルモンのテストステロン（アンドロゲン）の値が高く、それが骨や筋肉の発達に影響する可能性があるとして他選手から不公平との声があがり、2009年、国際陸上競技連盟が性別検査を実施したり、2018年には同陸連がテストステロン値の高い女性選手の800m走への出場を制限するルールを作るなど、狙い撃ちとも言える不利益処遇を受けてきた²⁾。

事案②——ある集計によれば、聴覚障がい者を除く障がい者アスリートがオリンピックに参加した例は2選手6大会、同じ年のオリ・パラ両方に参加した例は11選手14大会もある³⁾。

1) 早川吉尚「本連載の趣旨と全体像」法教472号（2020年）64-67頁を参照。

2) その後、彼女は同ルールの無効を求めスポーツ仲裁裁判所に訴えを提起したが、2019年に敗訴が確定し、現在では陸上選手を引退して女子サッカーの選手として活躍している。スポーツ仲裁裁判所（CAS, Court of Arbitration for Sport）については、生田圭「オリンピック・パラリンピック時におけるスポーツ仲裁裁判所（CAS）の活動と開催国の法律家によるプロボノサービス」法セ764号（2018年）27-31頁を参照。また、彼女をめぐる一連の経緯については、小林智香子「セメンヤ選手の訴え棄却／男性ホルモン値の高い女性選手の競技出場制限」週刊金曜日オンライン2019年5月17日（<http://www.kinyobi.co.jp/>

kinyobinews/2019/05/17/gender-29/）や、小林恭子「世界陸上断念の女子陸上セメンヤ選手はただの女性、レイブのような検査をやめて出場させてほしい」ニューズウィーク日本版2019年8月29日（<https://www.newsweekjapan.jp/kobayashi/2019/08/-dsd.php>）を参照。

3) 小倉和夫「オリンピックとパラリンピックの『結合』についての一試論」パラリンピック研究会紀要7号（2017年）1-18頁〔8-9頁〕を参照。

4) 「アーチェリー ザハラ・ネマティ／車いすで五輪へ『2つの道走る』」日本経済新聞2019年7月19日朝刊（<https://www.nikkei.com/article/DGKKZO47509140Y9A710C1UP6000/>）や、NHK「“棒”を超えていこう オリ・パラ“二刀流”選手からのメッセージ」2018年10月19日

オリ・パラ「二刀流」の選手のなかには、たとえば、生まれつき右肘から先がなく左手だけで卓球をし、北京、ロンドン、リオに出場したN・パルティカ選手や、交通事故のため下半身不随となり車椅子でアーチェリーをし、リオに出場したZ・ネマティ選手⁴⁾のように、当該スポーツと障がいの関係に着目したとき、選手が使用する人工器具（パルティカ選手はなし、ネマティ選手は車椅子）が、特に公正さを疑わしめるものではないケースもあれば、架空事案②のように、人工器具（義足）が、その競技において最も直接的に利用される身体部位に関わることから、健常者との競争において公正か否かの判断を困難とするケースも存在する。

南アのO・ピストリウス選手（両足が義足）がまさにそれで、2008年北京パラリンピックに出場した⁵⁾のち、11年大邱世界陸上、12年ロンドンのオリ・パラに出場した。

3 何が問題か

(1) 男とは？女とは？

セメンヤ選手のような女性については、かつては「両性具有」「半陰陽」といった《本来的な男でも女でもない者》というニュアンスをもつ概念で論じられることが多かったが、近時は、「性分化疾患」（DSD, Differences of Development of Sex:「体の性の様々な発達」）という概念で説明されることが多くなっている。

DSD当事者とは、男の体・女の体はこうである、という医学的または「社会生物学的」な固定観念と異なる体を先天的にもつ人のことで、たとえば、出生時に外性器の形状から女性と判断され、その後も女性として生育された

（つまり本人も周囲も彼女が女性であることを疑わずにきた）ものの、適齢になっても月経がないため検査をすると、染色体はXY、性腺は精巣であることがわかった、というようなケースが実際にあるのである。そしてこのような女性はアンドロゲン不応症（AIS, Androgen Insensitivity Syndrome）であることも多く、その場合、体内でアンドロゲンが分泌されるにもかかわらずそれを受容することができないため、「一般的な」男性の身体的特徴が発達しない⁶⁾。

そのような女性を、染色体や性腺を理由に男性として扱うべきであるのか、がこの問題の核心である。伝統的には、外性器の発達具合により男性か女性かを判別し、それで不明な場合には、染色体でXYかXXに2分し（実際にはそれ以外の染色体をもつ人も存在する）、さらには性腺が精巣か卵巣かによって男性と女性に2分するという手法が取られてきたが、そのような2分法がなおそのまま良いのか、である。

伝統的な性理解は、伝統的であるがゆえに社会通念を形成し、そしてそれが実定法とその解釈に影響することが多いだろう。憲法14条および44条は「性別」による差別を禁止しているし、24条は、「両性」の合意のみに基づいて婚姻が成立すること（1項）と、婚姻・家族についての法律が「両性」の本質的平等に立脚すべきこと（2項）を定めている。

制憲時の「両性」や「性別」という用語法が、伝統的な生物学的性についての2分法を前提とするものであったとして、したがって、現在これらの条文を解釈するときその用語法に従うべきか否かは、必ずしも一義的な答えの存在する問いではない。立法時の用語法に従って解釈すべきであるとか、立法者の意図に従って

(https://www.nhk.or.jp/sports-story/detail/20181019_3284.html)などを参照。

5) 彼自身はオリンピックへの出場を目指していたが、国際陸連が出場資格を認めず、スポーツ仲裁裁判所が同陸連の決定を覆した（Arbitration CAS 2008/A/1480, *Pistorius v. IAAF*, 16/05/2008）ものの、五輪参加標準記録を超えることができず、結局パラリンピックのみに出場となった。

6) AISでは脳内でもアンドロゲンが反応しない場合も多く、そうすると、男性ホルモンが心身の双方で反応せず、彼女の心身には「男性性」がまったく見られない、したがって彼女は「誰よりも女の子」、しかし体内には精巣があり、染色体はXYである…ということになるわけである。

DSDについては、日本性分化疾患患者家族会連絡会「ネ

クスDSDジャパン」のサイト（<https://www.nexdspd.com/dsd>）や、同会を主宰する公認心理師ヨ・ヘイル氏の対談「陸上・金メダリストのセメンヤ選手の性別が議論に／DSDs（性分化疾患）について知る」TBSラジオ「荻上チキ・Session-22」2019年3月4日（<https://www.tbsradio.jp/346799>）を参照。なお、「社会生物学的」、「誰よりも女の子」という表現は、ヨ・ヘイル氏の用いたものである。

また、AISについて、「DSD女性の場合は、テストステロンがどれだけ出ていても、全く反応しないという女性が実は一番多い」（完全型AISであるXY女子は13万人に1人、一部反応する不完全型AISは13万人に1人である）ことなど、小林恭子・前掲注2）も参照。



解釈すべきであるといった強い主張は、特定の解釈方法論を採用しなければ出てこないものであることには、注意が必要である。

(2) 平等とは？公平とは？

ピストリウス選手の事案が投げかける問題は、ごく抽象化して言えば、先天的に「実質的不平等」が存在する当事者間に「機会の平等」を保障するため不利な側の当事者に特に与えられる措置が、特定の競争原理が支配する場ではかえって不公平であるとの非難をもたらす状況にどう対応すべきか、という問題である。

ここで「当事者」とは、特定の競争原理が支配する場に登場する個々人の間に実質的不平等が存在する場合のそれら登場者を言うのに限らず、特定の属性に着目するとその属性をもつ人々が総体的にその属性をもたない人々に比べ実質的に不利な状況にあると言える場合に、その属性をもつというだけの理由でその属性をもつ人をも「当事者」に含める、という意味で、通常の用語法よりその外延は広い。

たとえば、ピストリウス選手と健常者が競走する場合に問題となる当事者や、大学入試において何らかの障がいをもつ受験生に特別措置を認める場合に問題となる当事者は前者（個別的当事者）の例であるが、雇用や政治の場における女性や障がい者の積極登用を目指すポジティブ・アクション⁷⁾や、大学入試における黒人受験生への優遇措置としてのアファーマティブ・アクションにおける当事者は後者（集散的当事者）の例である（後者の集散的当事者を対象とする場合には、「機会の平等」のみならず「結果の平等」が志向ないし達成されることもある）。

つまり、ピストリウス選手の事案や架空事案②が提起する問題は、憲法論で言えば平等原則の実質的達成のための諸方策という古典的論点に回収される話——もちろん、すでに論じ尽くされたという意味ではまったくくない⁸⁾——が、

スポーツという特殊な場で発現しているにすぎない、とも言うことができる。これに対して、セメンヤ選手の事案、あるいは架空事案①が提起する問題は、ちょうど逆方向のものである。最後にこの点を検討しておこう。

4 どう考えるか ——スポーツと憲法

(1) 私人間の紛争

まず、架空の事案にせよ、セメンヤ選手やピストリウス選手の事案にせよ、オリ・パラ等への出場に際し特定選手が不利益扱いを受け、それが不当ではないかという問題は、実は、そもそも憲法問題ではない。競技大会への出場の可否を決定するのは競技団体であるが、「競技団体は、あくまでも私人であって、行政機関ではない」⁹⁾からである。

憲法上の自由権規定や平等原則は、「国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない〔く、〕……憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするとは、決して当をえた解釈ということとはできない」¹⁰⁾とする判例の立場を前提とするならば、かかる紛争解決のために適用される法は憲法ではないことになるし、学説上、私人間効力についての通説とされる間接効力説によるとしても、そのことに変わりはない（憲法の趣旨が私法の解釈に間接的に影響を及ぼすにとどまり、そこで憲法が適用されるわけではない）。

もちろん、憲法問題ではないからといって、憲法理論が紛争解決に資することがない、とは言えない。たとえば、代表選手選考をめぐる紛争にかかる日本スポーツ仲裁機構（JSAA）の

7) とくに女性に対するポジティブ・アクションについて、辻村みよ子『ポジティブ・アクション——「法による平等」の技法』（岩波新書、2011年）を、障がい者に対する雇用の場におけるそれについて、浅倉むつ子「障害を理由とする雇用差別禁止の法的課題」障害法1号（2017年）33-49頁を、それぞれ参照。

8) 障がい者の憲法上の権利保障についての研究は、わが国では依然として十分とは言えないが、1つの達成状況

示すものとして、植木淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011年）がある。

9) 興津征雄「スポーツ競技団体の裁量権と行政法的思考——選手選考を中心に」法教475号（2020年）48-51頁〔50頁〕。

10) 最大判昭和48・12・12民集27巻11号1536頁〔1553頁〕（三菱樹脂事件）。

11) 興津・前掲注9)50頁。

判断例が示す基準が「行政裁量の統制基準によく似ている」¹¹⁾のは、おそらく行政判例や行政法学説が積み上げてきたものがJSAAの法的判断形成に際し参照されているからであろうが、同様に、憲法判例・学説の理論的蓄積が障がい者と健常者の競争の場での紛争解決に資することは、十分にあり得る¹²⁾。もちろん、スポーツを支配する特殊な論理が憲法理論をどのように修正するかについては、憲法学のみではなし得ない困難な検討が要求されるであろうことは言うまでもないが。

(2) スポーツが憲法を変える？

ピストリウス選手の事案が、障がい者に関する憲法学の知見をスポーツの場にどう当てはめるかという問題であったのに対し、セメンヤ選手の事案は、それとは反対向きに、スポーツの場での実例が憲法論に何らかの変容を迫る契機となり得ることを示している。

憲法の用いる「両性」「性別」という語を、伝統的な生物学的男性・女性を意味するものとして、そしてそれ以外の多様な性のあり方を否定すべきものとして、解釈し続けることが良いのかどうか。そこにジェンダーの視点を持ち込むべきか否か。セメンヤ選手の事案は、ジェンダーの問題ではなく生物学的性の問題さえも、伝統的な2分法を否定・修正せざるを得ない場合が存在することを我々に教えてくれる。

「男女に分かれて競技するという五輪の前提を変えるべきだと主張する論文」を2018年に発表したニュージーランドのある研究者は、「ハンディキャップや記録に係数をかけるルールなど、男女が一緒にできるように工夫すべき」とし、「100年以上前には、女性がスポーツをすることに違和感を感じる時代があった。男女を区別せずに競技することへの抵抗感も、慣れの問題だ」と述べたそうである¹³⁾が、スポーツ界でそのような主張が有力になれば、伝

統的生物学的性区分を前提とする日本の法制度にも影響が及ぶことになるかもしれない。

より一般的に言えば、スポーツ界におけるルールであるスポーツ法が、スポーツ界を超えて一般市民社会の実定法制度に影響を与える可能性は、過小に見積もられるべきではない。

たとえば、2014年に浦和レッズのサポーターが人種差別的な横断幕を掲げたことを理由に無観客試合処分がJリーグによって下されたが、これには国際サッカー連盟(FIFA)が「2013年7月に加盟各協会に対して出した制裁に関する通達の影響」を看取できるだろう。国際的なスポーツ統括組織は、「FIFAが、人種差別に対して徹底的に厳しい態度をとれば、全世界の加盟各国協会などは、それに応じて厳しい態度を取るようになる」というように、「ある意味、国際連合以上の実効的なエンフォースメントシステムをもつ」とも言えるのである¹⁴⁾。

スポーツ界は、元来「もっとも人権尊重から遠い価値観のもとで運営されることが多かった」¹⁵⁾にもかかわらず、今では、その強大な「国際性」と「価値実現力」をもって、普遍的な人権価値のエンフォースメントに貢献しつつあるわけである。

オリ・パラの開催を間近に控えスポーツへの関心が高まっていることを想定して企画された本連載は、残念ながら、コロナ禍により時節の外れたものとなってしまった。事実上の大学閉鎖による研究活動への悪影響も小さくはなく、本稿も、ネット上の参考文献に多くを依拠するほかない状況での執筆を強いられた。そう、読者数も平時に比べ大きく減ってしまったのではないかとも思われるが、そのようななかで本稿を読んでくれた読者が、今後、スポーツと実定法の相互影響関係に注目し、スポーツ法学とその影響を受けるはずの憲法学への関心を深めてくれれば幸いである。

(みなみの・しげる) 

12) 語の最も一般的な意味での「人権」と、それとは区別されたものとしての「憲法上の権利」について、南野森「人権の概念——憲法・憲法学と『人権』」同編『憲法学の世界』(日本評論社、2013年)120-134頁、とくに、「人権問題であっても憲法問題ではない」問題の存在に注意を促す133頁以下を参照。

13) 忠鉢信一=遠田寛生「女性になって五輪出場はあり?『不公平』と批判も」朝日新聞2020年4月19日朝刊

(<https://www.asahi.com/articles/ASN4K6TWGN4FULZU00D.html>)

14) 山崎卓也「スポーツ法のこれからの役割——スポーツを通じて人権保障を実現する時代」法セ764号(2018年)18-22頁〔20頁〕を参照。

15) 山崎・同上。